

**BRUNO SÉRGIO VERAS DE MORAIS FILHO**

**COMÉRCIO VIRTUAL:  
a vulnerabilidade eletrônica do consumidor**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito do  
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

## RESUMO

A presente monografia  
conceito e suas caracte  
com a inserção de novos

**BRASÍLIA**  
**2009**

do comércio eletrônico, seu  
ação fornecedor-consumidor  
*ernet* afim de se compreender

as suas implicações para o consumidor. Analisa também um dos instrumentos do *e-commerce*, qual seja, a *web*-publicidade, sua regulamentação e as principais práticas publicitárias abusivas realizadas em detrimento do consumidor. Por fim, se analisa o conceito e espécies de vulnerabilidade, tendo em vista se compreender como o advento da *Internet* aumentou a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, bem como se é possível afirmar que o surgimento do comércio eletrônico criou uma nova espécie de vulnerabilidade, a eletrônica, ou se há apenas vulnerabilidade técnica, consubstanciada no déficit informacional que o consumidor possui perante o fornecedor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Código de Defesa do Consumidor; *Internet*; Comércio Eletrônico; *Web*-Publicidade; Práticas Abusivas; Vulnerabilidade; Vulnerabilidade Eletrônica; Consumidor.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	4
1 A <i>INTERNET</i> E A REVOLUÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	7
1.1 Características do comércio eletrônico .....	10
1.2 Caracterização dos sujeitos da relação de consumo via Internet.....	14
1.3 Os sujeitos especiais do comércio eletrônico.....	18
2 A PUBLICIDADE NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	22
2.1 Conceito e características .....	22
2.2 Regulamentação .....	26
2.3 Novas práticas publicitárias abusivas: <i>metatags, affiliation e deeplinking</i> .....	30
3 VULNERABILIDADE ANTE A <i>WEB</i> -PUBLICIDADE NAS NOVAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	34
3.1 Conceito de vulnerabilidade .....	34
3.2 Espécies de vulnerabilidade.....	38
3.3 Vulnerabilidade eletrônica.....	42
CONCLUSÃO .....	48
REFERÊNCIAS.....	51

## INTRODUÇÃO

O advento do comércio eletrônico fez com que as relações de consumo fossem completamente redimensionadas. Esta monografia tem por objeto a análise da *web*-publicidade e seus efeitos nas relações de consumo, mormente no que tange a vulnerabilidade, princípio constitutivo do Código de Defesa do Consumidor que orienta todo o arcabouço jurídico de proteção ao consumidor.

As novas práticas publicitárias são apenas parte do verdadeiro mundo criado pela invenção da *Internet*, devendo-se analisar os efeitos decorrentes da desmaterialização dos contratos perante o elo mais fraco do mercado: o consumidor. Assim, este trabalho tem por escopo analisar se o surgimento do *e-commerce* criou uma nova espécie de vulnerabilidade, qual seja a vulnerabilidade eletrônica.

Este tema adquire importância na medida em que o Código de Defesa do Consumidor, por ser do início da década de noventa, não vislumbrou o impressionante avanço tecnológico observado pelo desenvolvimento da tecnologia nos últimos anos.

Com efeito, existem vários projetos de lei que visam à regulamentação do mundo cibernético, afim de que sejam coibidas as práticas abusivas realizadas no mesmo, o que, aliás, também se nota no plano internacional, tendo em vista as avançadas normas de proteção criadas pelos países desenvolvidos.

Serão abordadas as principais características do comércio eletrônico, bem como o surgimento de novos sujeitos que ampliam o clássico binômio consumidor-

fornecedor. Também será objeto de estudo a *web*-publicidade e suas conseqüências no mercado, tendo em vista as agressivas práticas publicitárias realizadas na rede, bem como a situação de vulnerabilidade do consumidor ante um mundo virtual que não conhece.

As práticas publicitárias ilícitas realizadas na *Internet* quase sempre estão atreladas à concorrência desleal, por visarem enganar o consumidor através de fraude à concorrência, contudo como a presente monografia tem por objeto de estudo o consumidor, tais relações não serão averiguadas a fundo, por dizerem respeito ao direito econômico e comercial, logo uma análise mais profunda será realizada sob o prisma da vulnerabilidade.

A presente pesquisa tem início então com o estudo do surgimento da *Internet* e, conseqüentemente, do comércio eletrônico com suas características básicas. Depois de estabelecidos os conceitos e características do *e-commerce*, analisam-se os sujeitos clássicos da relação de consumo (consumidor e fornecedor), bem como os sujeitos especiais que surgem com as novas relações de consumo, afim de que se possa entender a estrutura do comércio eletrônico.

Analisada a estrutura do *e-commerce*, busca-se analisar como se dão as práticas publicitárias no comércio eletrônico (*web*-publicidade) e sua regulamentação, através de conceitos e características, pois seu abuso (através de inúmeras práticas publicitárias abusivas) concorre para o aumento da vulnerabilidade do consumidor.

Por fim se discorrerá acerca da vulnerabilidade, como a criação desta nova estrutura de mercado consubstanciada numa série de instrumentos como a *web*-publicidade gera uma verdadeira hipertrofia na vulnerabilidade do consumidor, que se já é leigo no mercado convencional têm seu entendimento quase anulado nas contratações realizadas virtualmente.

Quanto à metodologia, a via adotada foi a da pesquisa dogmática ou instrumental, onde se analisou a aplicabilidade dos artigos referentes à oferta e publicidade no CDC (arts. 30-41) no âmbito da *web*-publicidade, tendo em vista as peculiaridades do comércio eletrônico, bem como a parte referente às práticas abusivas. Em sede de jurisprudência foram encontradas decisões acerca da publicidade no TJRS, sendo certo que pelo tema ser discutido de modo mais profundo no cenário internacional, fez imprescindível a análise de certos casos existentes no direito alienígena.

Ao final da monografia busca-se responder se é possível afirmar que a criação de um comércio eletrônico com características e instrumentos próprios como a *web*-publicidade cria uma nova espécie de vulnerabilidade, qual seja a eletrônica, ou se há um mero desdobramento da vulnerabilidade técnica, tendo em vista o déficit informacional do consumidor.

## 1 A *INTERNET* E A REVOLUÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O constante avanço tecnológico criou um mundo cada vez mais interligado, tanto no plano cultural quanto no plano econômico, e redefiniu as noções clássicas de relação de consumo, quer seja pelo surgimento da sociedade de consumo (*mass consumption society*) quer seja pela evolução das relações de consumo que hoje podem ser realizadas entre pessoas de qualquer lugar do mundo, através de contratos realizados no denominado comércio eletrônico.

O que se nota é uma verdadeira dinamização dos contratos, uma vez que aspectos como a territorialidade e a identificação dos sujeitos contratantes sofrem severa mitigação nos contratos realizados à distância, sendo a *Internet* o principal instrumento de realização desses negócios<sup>1</sup>.

A *Internet* revolucionou as relações de consumo. Desde a sua criação nas universidades americanas<sup>2</sup> no final da década de sessenta até a sua difusão para o mundo - no Brasil chega em 1988 com a Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo (FAPESP) - o que se nota é um completo redimensionamento das relações humanas.

---

1 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

2 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre. Síntese, 2004, p. 54.

Se antes os contratos eram celebrados pessoalmente, tendo o consumidor pleno conhecimento de quem era o fornecedor, com a *Web* surgem os contratos eletrônicos, onde a impessoalidade parece ser a nova característica de um mercado cada vez mais globalizado e sem fronteiras<sup>3</sup>.

No Brasil o número de pessoas com acesso à *Internet* vem aumentando de maneira exponencial e já ultrapassa a marca dos 12 milhões, o que comprova o aumento de transações realizado por meio eletrônico<sup>4</sup>, logo, pode-se falar em uma verdadeira revolução causada nas relações clássicas de consumo, pois a cada dia cresce a quantidade de pessoas com um computador em casa, o que faz com que a *Internet* constitua uma nova espécie de mercado.

O comércio eletrônico<sup>5</sup> é o instrumento pelo qual se realizam todas as atividades comerciais realizadas através de processamento e transmissão de dados digitais e se revela como uma necessidade no mundo contemporâneo onde as notícias são transmitidas de um país a outro numa fração de segundos e os negócios são realizados além das fronteiras nacionais, levando o mercado a adotar novas técnicas para a sedução de consumidores.

O que ocorre é uma verdadeira artificialização dos desejos, consubstanciada na criação de uma demanda ilusória, visto que o consumidor é levado a crer que precisa de tudo que lhe é oferecido, razão pela qual os bens de hoje são essencialmente não-duráveis.

Outro aspecto da criação do comércio eletrônico reside no fato da relação de consumo estar sempre em evolução, no sentido de ser desnecessária a presença física dos

---

3 PERIN JUNIOR, Ecio. *A Globalização e o Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro. Manole Ltda., 2003, p. 3.

4 OIKAWA, Allyson Hautsch, *Considerações acerca da possibilidade de concorrência desleal nos links patrocinados em serviço de busca na Internet*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6412>, 04-09-2008, p. 2.

5 BASSO, Maristella. *Comércio eletrônico: uma visão geral*. Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados. Porto Alegre. 2000, p.1.



contratantes. Tudo pode ser resolvido por intermédio de alguns cliques no computador e então o consumidor pode realizar através de seu computador no Brasil um negócio com um fornecedor na China, pela *Internet*, por exemplo.

A *Internet* é o grande instrumento do comércio eletrônico, logo faz-se necessário analisar o seu conceito a fim de se vislumbrar o alcance e o impacto que sua criação ocasionou no mercado internacional. Segundo Rita Peixoto<sup>6</sup>, a *Internet* seria um macrossistema onde mais de quarenta mil redes no mundo inteiro se conectam através de um protocolo comum (TCP/IP). O acesso ocorre através de um *modem* que conecta o usuário à rede mundial.

Com o acréscimo no número de pessoas com acesso à *Internet* tornou-se necessário a criação de *softwares* (programas) com o intuito de bloquear acessos indevidos por pessoas não autorizadas. O *firewall* e a criptografia são exemplos de medidas anti-invasão criadas com o escopo de proteger os internautas.

Desta maneira, o comércio eletrônico se caracteriza por ser um espaço virtual onde o usuário da rede (consumidor) contrata com um fornecedor através de um *site*, que usualmente é sediado por outra empresa.

Vale ressaltar ainda que as relações de consumo podem ocorrer de duas maneiras distintas na rede: a chamada B2B<sup>7</sup> (*Bussiness to Business*) onde a relação ocorre através de dois fornecedores e o B2C (*Bussiness to Consumers*) onde há uma relação entre consumidor pessoa física e fornecedor e não entre dois fornecedores.

---

6 FERREIRA, Rita Peixoto. *Direito do consumidor e Internet*. Quater Latin. São Paulo, 2002, p. 36.

7 LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo. Saraiva. 2003, p. 109.

Contudo, estas relações não se restringem à esfera privada, podendo ocorrer o denominado B2G (*Bussiness to Government*) onde o Estado negocia com o empresário, bem como o C2G (*Consumers to Government*) onde o Estado trata com os consumidores, porém este tema será abordado nas seções posteriores quando se discorrer sobre a caracterização da relação de consumo via *Internet*.

## 1.1 Características do comércio eletrônico

Não existe consenso acerca do conceito de comércio eletrônico. É da essência do conceito ser uma idéia vaga a respeito de algo, ao passo que a definição sim encerra uma idéia concreta sobre um objeto. Desta forma, um conceito aceito sobre comércio eletrônico é aquele proposto por Ricardo Lorenzetti<sup>8</sup>, onde o comércio eletrônico seria o conjunto de atividades que tenham por escopo a circulação de bens físicos e/ou digitais no meio eletrônico.

Significa dizer que é um mercado desterritorializado, onde as transações são celebradas à distância desde um telefone celular até o computador, ferramenta mais utilizada nas contratações à distância.

A primeira característica do comércio eletrônico se encontra na sua desterritorialização tendo em vista que o meio eletrônico é distinto do espaço real na qual os seres humanos convivem. Tal espaço foi chamado por William Gibson, autor do livro

---

8 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 53.

*Neuromancer*<sup>9</sup>, de ciberespaço, ou seja, um espaço virtual onde as regras legais não se aplicam um espaço onde tudo pode ser substituído em fração de segundos.

Outra grande característica é a despersonalização dos contratos realizados por meio eletrônico<sup>10</sup>, pois com o advento do comércio eletrônico surge a necessidade de se reconsiderar os conceitos clássicos de consumidor e fornecedor, tendo em vista que fornecedor nesse novo prisma é um ofertante profissional automatizado que está presente em uma cadeia sem fim de intermediários (portal, *website*, *link*, *provider*, dentre outros) e o consumidor acaba sendo um sujeito mudo, tendo em vista que não mais se comunica com o fornecedor, pois realiza os negócios através de cliques em *links* e é identificado através de uma série de certificações digitais que o transformam em mais um código de barra.

Esta despersonalização, aliás, é reflexo de uma sociedade massificada onde o consumismo exarcebado advindo da Revolução Industrial e dos posteriores movimentos consumeristas<sup>11</sup> fez com que o consumo se desse em grande escala, tornando inviável a antiga relação artesão-cliente para a criação da figura do fornecedor-consumidor. Um exemplo da despersonalização dos contratos ocorre com a multiplicação do contrato de adesão, onde a impessoalidade é elevada ao extremo.

Essa impessoalidade leva à afirmação, por exemplo, de que os contratos estão desumanizados, na medida em que há uma verdadeira automatização na maneira como são elaborados. Se antes os contratantes tinham a liberdade de estabelecer as cláusulas do

---

9 GIBSON, William Ford. *Neuromancer*. São Paulo. Aleph, 1999, p. 12.

10 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.64.

11 PERIN JUNIOR, Ecio. *A Globalização e o Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro. Manole Ltda., 2003, p. 7.

contrato, agora este contato se faz impossível, pois as condições são impostas unilateralmente, resultando, assim, na relativização do princípio da autonomia da vontade<sup>12</sup>.

O grande problema decorrente da despersonalização consiste na dificuldade que o consumidor tem de identificar a parte com a qual está contratando. Através de um clique, por exemplo, ele pode ser arremessado para outro *site*, com outro fornecedor sem que tenha noção disto. Logo, a criação do comércio eletrônico ocasionou um verdadeiro déficit informacional do consumidor que é leigo no mundo virtual.

Contudo, existem benefícios<sup>13</sup> nas contratações à distância, tais como a internacionalização dos negócios jurídicos que faz com que o consumidor não fique adstrito a negociar com alguém apenas por proximidade física, por exemplo, podendo-se destacar ainda aumento nos próprios produtos e serviços, uma vez que há uma ampliação da oferta ao público, este cada vez mais seletivo no que irá consumir.

Em contrapartida aos benefícios advindos das contratações eletrônicas, como a celeridade dos negócios jurídicos firmados por meio eletrônico- tendo em vista que hoje se pode comprar uma mercadoria a quilômetros de distância - tem-se que o consumidor ainda é muito vulnerável, haja vista que não detém os mesmos conhecimentos técnicos<sup>14</sup> que o fornecedor possui.

É interessante notar que um dos aspectos da vulnerabilidade do consumidor decorre dos conhecimentos especializados que o fornecedor possui, porém no comércio

---

12 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 191.

13 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 359.

14 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 116.

eletrônico há ignorância quanto ao próprio meio de contratação, razão pela qual o consumidor fica ainda mais exposto do que numa relação normal de consumo.

Há que se falar ainda na desmaterialização dos contratos como a terceira grande característica do comércio eletrônico, tendo em vista que nas relações clássicas de consumo, o consumidor realizava um contrato formal com o fornecedor, ou pelo menos, um contrato verbal, contudo ainda de maneira pessoal.

Com o advento da *Internet* o contrato se desmaterializou<sup>15</sup> de modo que a própria forma do contrato se tornou virtual e as cláusulas contratuais, quando existem, se encontram dispersas ou separadas do momento da realização do negócio. É difícil encontrar, por exemplo, alguém que nunca tenha se deparado com um contrato de adesão ao tentar instalar um programa de computador adquirido via *Internet*.

O meio eletrônico pode ser utilizado de diferentes maneiras pelos fornecedores, variando desde a *web*-publicidade, onde o fornecedor apenas vincula uma publicidade, não sendo realizado o negócio pelo *site*, como é o caso, por exemplo, das concessionárias de carro que vinculam informações acerca do preço dos carros em *sites* como o *Yahoo* ou o *Google*, até a venda realizada diretamente pela *Internet*, como é o caso da compra de um antivírus, onde o consumidor deve realizar um *download* do produto no próprio *site*, logo, o próprio objeto do contrato é virtual ocorrendo completa desmaterialização do negócio jurídico.

---

15 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.78.

Em suma, deve-se atentar sempre se há restrição à autonomia da vontade do consumidor<sup>16</sup>, pois estas características do comércio eletrônico podem alterar substancialmente a já desequilibrada relação consumidor-fornecedor.

## **1.2 Caracterização dos sujeitos da relação de consumo via Internet**

Deve-se agora analisar como ocorre a relação de consumo no comércio eletrônico, pois o clássico binômio consumidor-fornecedor por vezes não abrange todos os sujeitos de um negócio jurídico celebrado pela *Internet*.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor<sup>17</sup>, no seu art. 2º, consumidor é: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final”. Extraí-se deste conceito três elementos, quais sejam, o elemento subjetivo (pessoa física ou jurídica); o elemento objetivo (produto ou serviço) e o elemento teleológico (destinatário final).

Quanto à pessoa física não há maiores divergências, pois independente de seu grau de instrução ou condição financeira, sempre se pode observar a existência de um déficit informacional (vulnerabilidade técnica)<sup>18</sup> em relação ao fornecedor que por deter todos os conhecimentos específicos acerca dos produtos e serviços fica em posição de vantagem na relação jurídica.

---

16 VENOSA, Sílvio de Salvo de. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2008, p.356.

17 BRASIL. LEI Nº 8.078, de 11/09/90. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12/09/90.

18 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. CDC: *O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 115.

Deve-se atentar também que existem indivíduos que, ainda que não se encaixem diretamente na relação de consumo, são equiparados ao consumidor (*bystander*)<sup>19</sup>. É o caso, por exemplo, do parágrafo único do art. 2º do CDC, bem como o art. 17º, que equiparam ao consumidor a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, ou ainda, o art. 29 também do CDC que estabelece serem equiparadas a consumidor as pessoas expostas às práticas comerciais.

Basta lembrar que há alguns anos, o teto de um *shopping* em Osasco desabou. Infere-se, a partir do art. 17 do CDC, que, naquele episódio, quem estava apenas transitando nas proximidades do shopping mereceu proteção, ainda que não tivesse estabelecido relação de consumo, pois também foram vítimas (indiretas) do defeito.

Quando se fala em pessoa jurídica como destinatária final surge um problema, pois há uma verdadeira confusão sobre os conceitos de vulnerabilidade e do que seria destinatário final impossibilitando, assim, a aplicação plena do CDC. Esta divergência surge da dúvida se todas as pessoas jurídicas são destinatárias finais<sup>20</sup>.

Existem duas teorias a respeito da possibilidade ou não de aplicação do CDC às pessoas jurídicas: a teoria maximalista e a finalista<sup>21</sup>. A maximalista, ou objetiva, foi a primeira teoria adotada e segundo ela todas as pessoas jurídicas que estivessem tratando com fornecedor seriam consumidoras, tendo em vista que não existir impedimento legal que restrinja o conceito da palavra destinatário final.

---

19 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. Atlas, 2007, p. 454.

20 LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: Teoria Geral da relação de consumo*. São Paulo, Quartier Latin, 2003, p. 127.

21 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O CDC e o STJ*. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/696>. 4-09-2008.

Contudo, ao se fazer uma interpretação teleológica do CDC se chega à conclusão de que o Código de Defesa do Consumidor é um microssistema jurídico que contém normas que visam restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos, como é o caso da possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz se este verificar hipossuficiência ou quando for verossímil a alegação, devendo o mesmo se pautar pelas regras de experiência.

Ora, o que dá sentido à criação de uma lei de proteção ao consumidor é justamente a vulnerabilidade que este possui em relação ao fornecedor, sendo certo que por vezes a pessoa jurídica consumidora tem mais condições financeiras que o fornecedor.

Assim, surge a teoria do finalismo aprofundado<sup>22</sup>, defendida pela maior parte da doutrina e que assevera só merecerem proteção as pessoas jurídicas que, a partir de determinados critérios, sejam consumidoras finais imediatas (*Endverbraucher*), pois o conceito de destinatário final esta atrelado à idéia de vulnerabilidade (como é o caso de pessoas jurídicas que adquiram produtos fora da sua área técnica) e a um critério econômico, logo se a pessoa jurídica consumidora tiver por intuito repassar o custo para outrem, isto é, agir como intermediária, restará caracterizada uma relação mercantil e não de consumo.

Surge então a figura do consumidor *stricto sensu*, isto é, consumidor *utendi*, pois só se considera consumidor aquele que retira o produto da cadeia produtiva, não sendo passível de proteção aquele que compra insumo com intuito de revender, tendo em vista que este o adquire para realizar lucro, e não para satisfazer interesse pessoal. O adquirente de insumo não o retira da cadeia produtiva, e sim o transforma, o agrega ao bem. Assim, não deixará de ter proteção, mas esta não advirá do CDC, e sim do Código Civil.

---

22 BENJAMIN, Antônio Herman; Claudia Lima Marques e Leonardo R. Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo. RT, 2008, p.71.



A tese que predomina na jurisprudência brasileira<sup>23</sup> é a da teoria finalista, tendo em vista que a vulnerabilidade, que é o princípio constitutivo do CDC, nem sempre existe numa relação de consumo entre pessoas jurídicas, deve ser analisada casuisticamente.

A doutrina também estabelece a distinção entre destinatário final fático e econômico<sup>24</sup>, tendo em vista a cadeia de produção. A retirada de dado produto ou serviço da cadeia de produção é feita pelo destinatário fático. Mas esta retirada não basta para que se reconheça o destinatário final, o qual deve ser o destinatário econômico do produto ou serviço.

É imperativo que exista, portanto, além do uso fático, o uso econômico do produto ou serviço. Nos casos de retirada do produto da cadeia de produção para uso profissional e revenda, não há reconhecimento da pessoa jurídica como destinatária final. Havendo uso profissional e revenda, fala-se em consumo intermediário, e não em destinatário final.

Cabe ressaltar ainda que além de ser necessário o critério da destinação final (fática e econômica), é indispensável, ainda, a verificação da vulnerabilidade<sup>25</sup> (técnica, jurídica, fática/ socioeconômica e informacional) do sujeito adquirente do produto ou serviço.

Apesar de haver uma preponderância pela teoria finalista o Superior Tribunal de Justiça ainda não consolidou o entendimento, havendo decisões que põe em risco

---

23 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O CDC e o STJ*. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/696>. 4-09-2008.

24 ZANETTI, Robson. *A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual*. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/18785/1>. 10-02-2009, 10-02-2009.

25 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. Ed. Porto Alegre. Ed Síntese, 2001, p. 116.

a segurança jurídica do ordenamento como é o caso do REsp nº 208793<sup>26</sup> onde o STJ entendeu que o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio é destinatário final, não levando em conta o fato de que ele compra para revender, logo o preço é repassado para o consumidor, este sim destinatário final.

Quanto ao fornecedor que segundo o art. 3º do CDC: “é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados [requisito subjetivo], que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços [requisito objetivo, ou elemento dinâmico]...” não há maiores divergências cabendo ressaltar que de acordo com a Súmula 297 do STJ as instituições financeiras são fornecedoras.

O clássico binômio consumidor-fornecedor no *e-commerce* não consegue abranger as novas figuras que surgem no ambiente virtual como é o caso dos provedores de *Internet*, que servem de intermediários entre os *sites* e os consumidores, como será abordado na próxima seção.

### 1.3 Os sujeitos especiais do comércio eletrônico

Além da dúplice figura consumidor-fornecedor, existente em todas as relações de consumo, há ainda um complicador no que tange aos negócios jurídicos realizados pela *Internet*, qual seja a figura de um intermediário na relação, um terceiro que, ainda que de maneira indireta, participa e amplia o rol de sujeitos no comércio eletrônico.

---

26 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma Recursal. REsp nº 208.793, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ de 1º. 8.2000.

Para melhor expor a questão basta que se pegue como exemplo o caso dos provedores de Internet<sup>27</sup> que se caracterizam por serem intermediários entre o computador do consumidor e o *site* do fornecedor (como a *UOL*), e se subdividem em vários tipos, tais como: *presence provider*, *content provider* (provedor de conteúdo), *link provider* e *information provider* (provedor de informação).

O *presence provider* seria uma modalidade de provedor onde o fornecedor alojaria seu *site* por tempo determinado numa espécie de aluguel. Já o *content provider* é um provedor que oferece vários serviços para o consumidor, tais como *ringtones*, notícias e *chat rooms*. O *link provider* e o *information provider*, respectivamente, são utilizados em menor escala com o intuito de facilitar as conexões feitas através de carregamento de dados ou disponibilização de bancos de dados.

O problema surge quando há ocorrência de fato ou vício para o consumidor, tendo em vista que no Brasil se utiliza a teoria da aparência, consubstanciada na proteção ao consumidor em caso de impossibilidade de identificação do fornecedor, logo ocorrido o dano ao consumidor este poderá acionar aquele que aparentemente o produziu, como é o caso da responsabilidade do importador (art.12 CDC) que deverá se utilizar da via regressiva se não causou o dano.

Neste sentido há um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>28</sup>, onde foi declarada a responsabilidade de empresa de cartão de crédito que operava pela Internet, ainda que esta não tenha sido a responsável direta pelo dano causado ao consumidor.

---

27 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.75.

28 TJRS. 19ª Câmara. Cível. *Apelação Cível 70003463148*, rel. Carlos Rafael dos Santos Junior, DJ 28.05.2002.

Neste caso, havia um fornecedor estrangeiro que vendia seus produtos através da *Internet* com o auxílio de operadora de cartão de crédito nacional. Devido à impossibilidade de se identificar o fornecedor, foi decretada a responsabilidade da empresa de cartão de crédito, tendo em vista que esta era intermediária do serviço.

A análise no caso deve ser casuística<sup>29</sup>, pois há casos em que não há nenhum nexos causal entre o intermediário e o consumidor, como no caso de mera vinculação de informações através de empresas de serviço de *e-mail*, como o *Yahoo*.

Neste sentido também se manifesta a jurisprudência, como se pode notar no Agravo de Instrumento 70003736659<sup>30</sup>, onde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o serviço de telecomunicações – SRTT - serve tão somente de meio físico a interligar o usuário final ao provedor do serviço de conexão à *Internet*, logo não haveria como responsabilizar o provedor, tendo em vista que o mesmo apenas transporta dados.

A questão é tormentosa, mormente porque é extremamente difícil e oneroso para o consumidor identificar quem lhe causou prejuízo, pois existem tantos sujeitos envolvidos na contratação eletrônica que por vezes se torna impossível averiguar o responsável pelo dano, razão pela qual se deve averiguar caso a caso a responsabilidade destes provedores, que por vezes mascaram transações ilícitas.

Cabe ressaltar, ainda, que as relações denominadas B2G (*Bussiness to Government*) onde o Estado negocia com o empresário estão fora do âmbito do CDC, por não se tratar de uma relação consumerista, logo é regida pelo Código Civil e pelas normas de direito administrativo.

---

29 CIMIERI, Felipe Veiga, *O provedor de acesso à internet e os principais dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis à sua atividade*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4258>. 3-09-2008.

30 TJRS. 10ª Câ. Cível. Agravo de Instrumento 70003736659, rel. Paulo Antonio Kretzmann, DJ. 09.05.2002.

Também não incide o CDC nas relações C2G (*Consumers to Government*) onde o Estado trata com os consumidores, porque não há uma remuneração e também pela constatação de que os serviços públicos próprios estão fora do CDC, em suma, para que haja fornecedor este deve exercer “atividade empresarial autônoma”<sup>31</sup> e as pessoas de direito publico, em regra, não o fazem.

Logo, à exceção do art. 3º do CDC que permite a responsabilidade de concessionária de serviço público como fornecedora, só se aplica o CDC nas relações B2C (*Bussiness to Consumers*) onde existir uma relação entre consumidor-fornecedor.

Por fim, se infere que o CDC é plenamente aplicável às relações consumeristas advindas de provedores de *Internet*<sup>32</sup>, tendo em vista a defesa dos direitos do consumidor, que é completamente vulnerável no atual mercado de consumo, posto que muitas vezes não sabe nem com quem contrata, como nos casos, de convênios entre empresas nacionais e internacionais, devendo-se sempre analisar casuisticamente se não há mera transmissão de informações, quando então não estará configurado o dever de indenizar de acordo com a jurisprudência dominante.

---

31 LUGCA, Newton de. *Direito do consumidor: Teoria Geral da relação de consumo*. São Paulo, Quartier Latin, 2003, p. 127.

32 CIMIERI, Felipe Veiga, *O provedor de acesso à internet e os principais dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis à sua atividade*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4258>. 3-09-2008.

## 2 A PUBLICIDADE NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

### 2.1 Conceito e características

Para se falar em *web*-publicidade é preciso que primeiro se esclareça o que é a publicidade, pois esta é comumente confundida com a propaganda<sup>33</sup>. A primeira diferença é percebida através da etimologia, pois publicidade vem do latim *publicus*, que seria o ato de tornar público, ao passo que propaganda vem de *propagare*, que significa mergulhar, logo à primeira vista nota-se que se tratam de dois conceitos distintos.

Contudo, a grande diferença entre os dois institutos reside no fato de que a publicidade tem natureza eminentemente comercial. Realiza-se no âmbito do mercado, pois tem sempre como objeto o ato final da cadeia produtiva, qual seja, a venda de produtos e serviços.

A propaganda, todavia, apesar de também ser comunicação que tem por objetivo a atração e sedução do indivíduo se diferencia pelo seu conteúdo que é de natureza ideológica, filosófica, religiosa, ou partidária. Ela veicula valores; não se relaciona com o mercado.

---

33 CHASE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo. Saraiva. 2001, p. 3.

Assim, em que pese a publicidade se aproximar da propaganda no que tange a finalidade de atingir a massa<sup>34</sup> se distingue desta pelo objetivo comercial que possui em detrimento do caráter predominantemente ideológico daquela.

Essa distinção adquire importância na medida em que se nota que os princípios constitucionais como o da garantia da liberdade de expressão contidos no art. 5º da Constituição são aplicáveis apenas a atividades que vinculam ideais e não às atividades que tenham um fim comercial como é o caso da publicidade. Por esta lógica nota-se, por exemplo, que a publicidade do tabaco pode ser censurada em razão do interesse público de preservação da saúde.

É importante ressaltar que até o legislador, no que concerne ao Código de Defesa do Consumidor parece confundir os institutos como se nota pelo seu art. 56, XII: “as infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...) imposição de contrapropaganda”.

O legislador utiliza erroneamente o termo contrapropaganda quando na verdade se referia a contrapublicidade, fato que demonstra claramente a dificuldade de distinção entre os dois institutos.

Publicidade também não se confunde com *marketing*<sup>35</sup>, pois esta é uma atividade mais ampla, é um verdadeiro planejamento de mercado. Configura-se na análise e

---

34 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 246.

35 CHASE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Saraiva. 2001, p. 3.

desenvolvimento de estratégias, baseadas em critérios como público alvo, distribuição, viabilidade de produtos dentre outros, sendo que a publicidade é um instrumento do mesmo.

Assim, a publicidade é “toda forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando a promoção de produtos ou serviços com a utilização de informação e/ou persuasão”.<sup>36</sup>

Logo, pode-se entender a *web*-publicidade como a publicidade feita através de meio eletrônico, com a utilização de *sites*, *banners*, *website sponsoring*, dentre outras práticas, sendo a *Internet* o meio mais utilizado para vinculação destas ofertas, quer seja pela procura dos internautas, quer seja pelo envio feito pelos fornecedores através de *email*.

Uma das características da publicidade é a variedade de sujeitos envolvidos na atividade<sup>37</sup>, pois existe a figura do anunciante que é o sujeito que efetivamente procura a promoção de seus produtos; da agência de publicidade que é a empresa responsável pela criação da estratégia de venda do produto; e ainda há o veículo, que é o sujeito responsável por vincular a mensagem ao público.

Na *web*-publicidade, o veículo geralmente é o *site*, e o mercado de publicidade feito pela *Internet* (*advertising*) vem crescendo cada vez mais, existindo ações de grande porte em nível internacional como o famoso caso envolvendo a *Ticketmaster* vs *Microsoft*<sup>38</sup>.

---

36 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *O controle jurídico da publicidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1994, p. 30.

37 CHASE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Saraiva. 2001, p. 18.

38 LOUISIANA U. *Deeplink* <http://www2.selu.edu/Academics/FacultyExcellence/Pattie/DeepLinking/case.html>.



Neste caso, a *Ticketmaster* alegava que a *Microsoft* possuía um site cultural chamado *Sidewalk* na Califórnia onde postava um *link* para o *site* da *Ticketmaster* para venda de ingressos quando havia algum evento cultural. Aqui se pode perguntar como a utilização de um *link* poderia prejudicar a *Ticketmaster*, tendo em vista que esta ganharia mais com a vinculação da *Microsoft*. É simples, o fato da *Microsoft* ter colocado o *link* para o *site* da *Ticketmaster* sem a avisar, gerou um problema na medida em que o *link* levava direto para a parte de compra de ingressos e o *Ticketmaster* perdia as *advertisings* que o consumidor obrigatoriamente leria se navegasse pelo *site*.

A ação durou dois anos e terminou em acordo sendo desconhecidos os valores, sendo certo, contudo, que o *Sidewalk* retirou o *link* para o *site* da *Ticketmaster*, num claro exemplo da complexidade das relações publicitárias advindas da *Internet*.

Outra característica da *web*-publicidade são os vários tipos de publicidade existentes no meio eletrônico<sup>39</sup> como é o caso da publicidade interativa, onde os contratantes estão presentes no momento da celebração, como ocorre no comércio normal, existindo também a denominada publicidade estática-eletrônica, onde os contratantes estão ausentes, como ocorre no caso de *email*.

Contudo, sem dúvida alguma a maior característica da *web*-publicidade é a sua extrema agressividade em comparação com as outras espécies de publicidade. Enquanto que na publicidade feita através de telecomunicação, como no caso das emissoras de TV, ocorre certo dinamismo, pois o consumidor só é atingido enquanto o comercial está passando, na *web*-publicidade a publicidade é perene, ou seja, está sempre acompanhando o internauta, esta sempre presente, sem interrupções.

---

39 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.162.

O consumidor também muitas vezes não consegue identificar a fonte da publicidade, pois ao clicar em um *link*, por vezes é arremessado para outro e assim por diante, se criando uma cadeia infinita de cliques.

O fato das compras serem realizadas através de cliques também aumenta a agressividade da publicidade, pois o consumidor assim que vê a *web*-publicidade é incitado a comprar o produto numa questão de segundos, através de um clique, muitas vezes sem tempo para raciocinar sobre a compra do produto ou serviço.

A *web*-publicidade também facilitou a criação de inúmeras práticas abusivas. *Push*-publicidade, *false endorsement*, *ambush advertising*, *mettags*, *hiperlinks*, *websponsoring*, *deeplinking*, e a lista não para, contribuindo assim para o aumento da vulnerabilidade no comércio eletrônico.

## 2.2 Regulamentação

A publicidade se encontra regulada pelo CDC, no capítulo V – das práticas comerciais, seção III- da oferta, nos artigos 36 a 38. A regulamentação da publicidade se faz necessária tendo em vista ser ela um instrumento do *marketing* e atingir um número expressivo de consumidores. Contudo, o CDC não faz distinção entre a publicidade e a *web*-publicidade.

Nesse sentido, é importante analisar a opinião de Lorenzetti: “as práticas de *marketing* da *Internet* geralmente são mais efetivas que as demais no sentido de seduzirem manipuladamente o consumidor para uma contratação rápida e cativa (não racional).”<sup>40</sup>

---

40 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 238.

O art. 36 do CDC ao estipular que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, logo, sem que haja qualquer tipo de artifício que possa induzir o consumidor em erro estabelece o princípio da identificação<sup>41</sup>.

O grande problema aqui reside no fato de que o consumidor no comércio eletrônico quase nunca conseguir identificar os comerciais, pois muitas vezes estes estão mascarados por *links* escondidos como se notará na seção seguinte. Também vale ressaltar que a publicidade subliminar<sup>42</sup> (aquela que não é perceptível pela capacidade de cognição normal do ser humano) é proibida, sendo a *Internet* um campo fértil para utilização destas técnicas, geralmente consubstanciadas em *frames* de vídeos.

Em suma, o art. 36 está fundamentado na idéia de que o CDC deve limitar o grande risco da publicidade, qual seja a eliminação da capacidade crítica do consumidor. Nesse contexto, entende-se que, quando o sujeito vê determinada peça publicitária, sabendo que se trata de publicidade, ele já se arma de capacidade crítica. Mas, quando esta aparece quando o sujeito está desprevenido, sua capacidade crítica tende a ser eliminada.

A publicidade não pode ser enganosa ou abusiva como mencionado no art. 37 do CDC<sup>43</sup>. Trata-se aqui do princípio da lealdade<sup>44</sup>, consubstanciado no respeito que a publicidade deve ter pelo consumidor.

---

41 SCARTEZZINI, Paulo Guimarães. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p.116.

42 CHASE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo. Saraiva. 2001, p. 15.

43 Art.37: É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

44 BENJAMIN, Antônio Herman, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p. 264.

O efeito da publicidade ilícita afeta toda a sociedade, tendo em vista que ocorre o chamado efeito residual da publicidade. Veiculada a publicidade, o fato de ser retirada do ar posteriormente é quase irrelevante, pois o efeito do impacto de comunicação já terá sido produzido. Na *web*-publicidade o risco é ainda maior porque há menos fiscalização no meio eletrônico do que nas emissoras de televisão.

A maior característica da publicidade enganosa é a capacidade de induzir em erro o consumidor<sup>45</sup>. Assim, não é necessária a materialização do dano, quanto à indução em erro, basta a vinculação da imagem para ocorrência do dano, pois o efeito da publicidade é residual como visto acima.

Publicidade abusiva também não se confunde com publicidade enganosa porque aquela é tipo de publicidade antiética, na medida em que fere valores. O § 2º do art. 37 CDC veicula rol exemplificativo de valores. É abusiva a publicidade que discrimine opções religiosas, filosóficas dentre outras.

O art. 38<sup>46</sup> estabelece a inversão do ônus da prova para quem patrocina a campanha publicitária. Assim, se um *site* como o Submarino for acusado de utilizar publicidade ilícita deve provar a correção de sua campanha.

O elevado número de práticas abusivas no comércio eletrônico, fez com que grande parte da doutrina defendesse uma regulamentação específica da matéria ou uma mudança da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)<sup>47</sup> (que dentre outras normas, dispõe

---

45 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 258.

46 Art. 38: O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

47 BRASIL. Decreto-Lei Nº 4657 de 04/09/42. *Lei de Introdução ao Código Civil*. DOU de 09/09/42.

sobre normas de direito privado internacional) e do CDC<sup>48</sup>, tendo em vista que os artigos do CDC seriam insuficientes para coibir o elevado número de ilicitudes existentes no mercado virtual.

Com efeito, existe um Projeto de Lei 6120/2002<sup>49</sup>, que se encontra na mesa diretora da Câmara dos Deputados, de autoria do deputado José Ivan de Carvalho Paixão, com o objetivo de regular a correspondência eletrônica comercial, com a criação, inclusive, de órgão responsável pela fiscalização destas mensagens.

Contudo, este projeto apenas trata do denominado *spam*, ou seja, o envio não autorizado de *email* para o consumidor, não fazendo referência às práticas publicitárias abusivas, ou ainda, aos outros aspectos do comércio eletrônico.

O grande problema da criação de uma lei que disponha sobre o comércio eletrônico reside na desterritorialização dos contratos celebrados no mundo virtual<sup>50</sup>, pois muitas vezes as contratações são feitas por contratantes residentes em países diferentes, tornando difícil a regulamentação da matéria.

A solução sugerida por Claudia Lima Marques<sup>51</sup> seria uma mudança na LICC para inclusão de artigos de proteção contratual dos consumidores, tendo em vista que a mesma apenas faz referência aos contratos paritários internacionais, bem como inclusão de parágrafo no art. 101 do CDC que estabelece a competência brasileira para conhecer de ações versando contratações entre consumidor e empresas estrangeiras.

---

48 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.464.

49 CÂMARA DOS DEPUTADOS: *Projeto de lei nº 6210/2002*. Deputado José Ivan de Carvalho Paixão. Aguardando aprovação na mesa diretora.

50 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 30.

51 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.465.

Ainda que se discorde das sugestões feitas pela autora gaúcha, não se pode negar que se faz necessário o reconhecimento da *Internet* como um novo mundo que necessita de uma regulamentação própria tendo em vista as particularidades que apresenta.

O Código de Defesa do Consumidor, por ser da década de noventa não contemplou o impressionante avanço da tecnologia, razão pela qual se afirma que a legislação atual carece de normas de combate à práticas comerciais abusivas.

### **2.3 Novas práticas publicitárias abusivas: *metatags*, *affiliation*, *websponsoring* e *deeplinking***

Como já demonstrado, a criação de um comércio eletrônico consubstanciado principalmente na *Internet* não trouxe apenas benefícios, pois junto com o mundo virtual surgiram as fraudes virtuais.

Desde já cabe ressaltar a importância de se reprimir estas práticas abusivas, pois a publicidade ilícita por vezes afeta a própria estrutura de mercado<sup>52</sup>, quando, por exemplo, ocorre um caso de concorrência desleal.

Ao se analisar as práticas publicitárias e de *marketing*, deve-se averiguar sempre se há um desrespeito aos princípios norteadores da publicidade no CDC ou no ordenamento como um todo, como é o caso do princípio da identificação, da dignidade da pessoa humana dentre outros.

O problema ocorre quando estas práticas são realizadas com o intuito de induzir o consumidor em erro, através do uso de mecanismos ilícitos utilizados com o

---

52 SCARTEZZINI, Paulo Guimarães. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p.86.

objetivo de “constituir um cativeiro para o consumidor, diminuindo o discernimento que este possa ter no ato de formação do contrato<sup>53</sup>.”

Uma das práticas abusivas mais vistas no mercado consiste na utilização de *metatags*<sup>54</sup> (etiquetas) que são linhas de código HTML responsáveis pela descrição do conteúdo de um site para buscadores como o *Google*. O sistema de busca funciona basicamente com o uso de *keywords* (palavras-chave), assim se alguém quiser encontrar o *site* da Coca-Cola deve entrar no site do *Google* e digitar a palavra Coca-Cola e então o buscador mostrará a página publicitária do refrigerante.

Contudo, o fornecedor de algum site pode inserir a *keyword* de uma marca famosa na *metatag* de seu site e assim induzir o consumidor em erro. Seria o caso, por exemplo, de um consumidor entrar no *Google*, digitar a palavra Coca-Cola e parar no site do Guaraná Antártica.

Tal prática é considerada publicidade enganosa<sup>55</sup>, sendo vedada por atacar dois sujeitos: o consumidor, que é induzido em erro ao achar que está diante de um produto ou serviço A quando na verdade o produto ou serviço é B e o fornecedor concorrente que perde um potencial cliente para o rival, em um caso clássico de concorrência desleal.

Um dos mais famosos casos de *metatags* é o do caso *Playboy Enterprises Inc. vs. Calvin Designer Label*<sup>56</sup>, onde vários *sites* estavam usando as palavras *Playmate* e *Playboy* escondidas no seu código de programação com o escopo de atrair mais

---

53 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 389.

54 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 391.

55 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.179.

56 HARVARD UNIVERSITY. *Law Section*, <http://cyber.law.harvard.edu/property00/metatags/mixed1.html>.

consumidores, sendo que a Playboy conseguiu o direito de remover as palavras da programação do site.

Em que pese os *metatags*<sup>57</sup> influenciarem diretamente o fornecedor (no âmbito da concorrência desleal) também o consumidor é atingido de maneira reflexa por haver falha no princípio da identificação e informação, sendo levando claramente a consumir em erro em desacordo com os padrões da boa-fé objetiva.

Outra prática bastante comum é a da *affiliation*<sup>58</sup>, que consiste basicamente na associação não autorizada entre sites com o intuito de enganar o consumidor. A *affiliation* é lícita quando é onerosa e autorizada. Por exemplo, se a Nike fosse a patrocinadora oficial das Olimpíadas poderia haver um contrato prevendo a inserção de um *link* no *site* das Olimpíadas que direcionasse o consumidor para o *site* da Nike.

Todavia, o que vem acontecendo, principalmente na Europa, é a utilização de *affiliation* de maneira não autorizada, prejudicando o consumidor e a concorrência. Assim, por exemplo, um fornecedor A coloca no seu *site* um *hyperlink* para o *site* do fornecedor B com o intuito de levar o consumidor a pensar que tem um vínculo com este (geralmente B é uma marca famosa no mercado) com a finalidade de conseguir mais acessos.

Esta prática ocasiona o surgimento de dois problemas: o primeiro relacionado à concorrência desleal que não é objeto de estudo desta pesquisa. O segundo ocorre quando o consumidor realmente é enganado e busca ingressar com uma ação, neste caso prevalecendo o entendimento de que o fornecedor do *site* B também é responsável (ainda que não possua vínculo com o *site* A), tendo em vista a cláusula geral de boa-fé objetiva nas

---

57 OIKAWA, Allyson Hautsch, *Considerações acerca da possibilidade de concorrência desleal nos links patrocinados em serviço de busca na Internet*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6412>, 04-09-2008.

58 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.181.



relações de consumo<sup>59</sup> bem como o princípio da identificação, pois nunca se deve olvidar que o consumidor é a parte vulnerável nas relações de consumo, cabendo ao fornecedor B entrar com ação de regresso.

Existe ainda uma nova prática denominada *deep linking* (link profundo), consubstanciada na transmissão parcial de um *site* aos consumidores, ou seja, *deep linking* é a criação de um *hyperlink* que aponta para uma página da Internet específica ou outro *site*, ao invés de levar para a página inicial.

Como exemplo é o caso do consumidor que entra no *site* de A e depois é levado por um *hyperlink* para uma página qualquer no *site* de um terceiro. Esta prática é permitida desde que utilizada com moderação, pois aqui o consumidor pode ser levado em erro por entrar numa página esparsa, sem identificação nenhuma do serviço que está contratando.

O número de práticas abusivas realizadas no comércio eletrônico não se restringe ao rol aqui apresentado<sup>60</sup> podendo-se falar ainda de *spam*, *bots*, *framing* dentre outras, todas com o intuito de tirar proveito do consumidor.

Este conjunto de práticas comerciais ilícitas realizadas no comércio eletrônico recebe o nome de *cybersquatting*, consistente no registro, tráfico ou uso de domínio de maneira abusiva de *sites*, e deve ser reprimida de maneira bastante enérgica, tendo em vista o impacto que causa no mercado de consumo.

---

59 CHASE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo. Saraiva. 2001, p. 52.

60 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.178.

### **3 VULNERABILIDADE ANTE A WEB-PUBLICIDADE NAS NOVAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

#### **3.1 Conceito de vulnerabilidade**

Para se analisar a vulnerabilidade e seu impacto sobre o consumidor no comércio eletrônico é necessário observar as condições que levaram a vulnerabilidade a ser erigida como princípio constitutivo do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, como princípio que fundamenta todo sistema de proteção ao consumidor.

Com a Revolução Industrial<sup>61</sup>, a linha de produção passou a independar da capacidade laboral do indivíduo singularmente considerado. Isso foi revolucionário, tendo em vista que a partir da produção massificada e padronizada, a individualidade do trabalhador perdeu valor, já que não mais importava quem operava as máquinas.

Houve progressão geométrica do volume de produtos e a relação entre produtor e consumidor passou a ser realizada de maneira mediata. Essa impessoalidade entre produtor e consumidor é hoje levada ao extremo, com a *Internet*, logo, pode-se afirmar que no modelo de produção industrial, a concentração das estruturas produtivas gerou hipertrofia e o fortalecimento das empresas e indústrias, de maneira a tornar o consumidor vulnerável.

---

61 PERIN JUNIOR, Ecio. *A Globalização e o Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro. Manole Ltda., 2003, p. 15.

Tendo em vista as práticas publicitárias descritas no capítulo anterior, não é difícil notar que o consumidor por vezes pode se encontrar desamparado perante uma prática ilícita realizada através do comércio eletrônico, restando clara a sua vulnerabilidade na relação de consumo.

Um conceito válido de vulnerabilidade é aquele dado por Rizzato Nunes<sup>62</sup> de que a vulnerabilidade é uma fraqueza, uma fragilidade real, e concreta advinda de uma disparidade de ordem técnica e de ordem econômica entre fornecedor e consumidor, cabendo ainda se falar em graus, pois se tem por base o homem típico. Também cabe ressaltar que a vulnerabilidade é presumida quando a pessoa é física.

Pode-se afirmar que a vulnerabilidade é o princípio constitutivo do Código de Defesa do Consumidor, visto que é ela que dá sentido à proteção do consumidor que de outro modo seria inconstitucional, pois estaria em conflito com o princípio da isonomia contido na Constituição Federal (art. 5º, caput, CF), sendo regulada no art. 4º, I, CDC que estabelece a política nacional das relações de consumo.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>63</sup> também tem utilizado o conceito de vulnerabilidade com o escopo de definir se a pessoa jurídica é ou não destinatária final, matéria esta longe de estar pacificada, havendo ora decisões no sentido de adoção da teoria maximalista (CC 41.056/SP), ora decisões que acolhem a teoria finalista (REsp 541.867).

Tal dificuldade se dá, conforme abordado anteriormente, devido o art. 2º CDC conceituar consumidor como sendo pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; não estabelece o que vem a ser destinatário final,

---

62 NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. Saraiva, 2004, p. 125.

63 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O CDC e o STJ*. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/696>. 4-09-2008.

tarefa esta que foi preenchida pela doutrina e jurisprudência que criaram as figuras da destinação final econômica e fática. Como citado acima, o STJ atualmente além de analisar se a pessoa jurídica é destinatária final fática e econômica, analisa se a mesma é vulnerável.

Vulnerabilidade também não se confunde com hipossuficiência<sup>64</sup>, pois a vulnerabilidade é um princípio, logo toda pessoa qualificada como consumidora é vulnerável por presunção legal. Contudo, nem todo consumidor é hipossuficiente, a análise é feita de maneira casuística pelo magistrado, tendo em vista que este de acordo com regras de experiência, como por exemplo, o caso de litigantes habituais, pode inverter o ônus *probandi*.

A vulnerabilidade também não implica em uma desproporcionalidade na relação de consumo, tendo em vista as prerrogativas de que goza o consumidor no Código de Defesa do Consumidor, por que o fornecedor já está em posição de vantagem em relação ao consumidor, pois detém, por exemplo, o conhecimento técnico sobre seu produto ou serviço, conhecimento este que escapa ao alcance do consumidor.

É o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado que legitima o legislador a fornecer uma série de mecanismos<sup>65</sup>, tais como a instituição da responsabilidade objetiva e possibilidade de inversão do ônus da prova, bem como a criação de órgãos como o PROCON (Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor), com o escopo de tornar a relação paritária, sendo certo que ainda assim, por vezes, os consumidores são lesados nos seus direitos.

Destarte, no comércio eletrônico esta desvantagem é acentuada devido o mundo digital ser um mundo desconhecido para o consumidor, que através de um mero clique

---

64 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 100.

65 BENJAMIN, Antônio Herman, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p. 54.

pode firmar um contrato virtual com um fornecedor que por vezes não se encontra nem no mesmo país.

A grande pergunta a se fazer é saber o quanto a vulnerabilidade, já existente em qualquer relação de consumo, é ampliada através da *web*-publicidade feita pela *Internet*, pois de outra forma pode se tornar o CDC obsoleto ante a nova realidade virtual. Deve se levar em conta o impacto que a vulnerabilidade acarreta no mercado de consumo como bem coloca Sergio Cavalieri Filho:

O que se busca através dessas novas regras e princípios- repita-se -é o restabelecimento do equilíbrio nas relações de consumo. Não sendo possível colocar milhões de consumidores em uma sala de aula para que tomem conhecimento de seus direitos, o Código estende sobre todos uma espécie de manto jurídico protetor, para compensar sua vulnerabilidade. Ai está, em síntese, a finalidade do Código de Defesa do Consumidor.<sup>66</sup>

A finalidade do Código de Defesa do Consumidor é a de proteger a parte mais fraca da relação, pois esta é vulnerável, contudo o advento do comércio eletrônico redefiniu o conceito de vulnerabilidade, visto que o déficit informacional é elevado ao extremo. Assim, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é de vital importância para efetiva tutela dos direitos do consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem decidido que a cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de adesão ainda que aceita pelo consumidor não o impede de propor a demanda no seu domicílio, tendo em vista a sua vulnerabilidade, como pode se notar no voto do ministro João Otavio Noronha no julgamento do REsp 1032876/MG:

“... assim sendo, entendo que a legislação consumerista, vislumbrando os princípios da facilitação da defesa e de acesso à justiça, concedeu ao consumidor, como condição pessoal ante sua vulnerabilidade e

---

66 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. Atlas, 2007, p. 450.

hipossuficiência na relação de consumo, a prerrogativa exclusiva de ajuizamento da demanda no foro do seu domicílio.”<sup>67</sup>

Esta preocupação com os denominados contratos de adesão apenas ilustra a importância que vem sendo dada ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor pelos Tribunais brasileiros, sempre com o escopo de se proteger o consumidor.

### 3.2 Espécies de vulnerabilidade

A vulnerabilidade não se dá de maneira única. Não se pode afirmar, por exemplo, que o consumidor não é vulnerável porque detém conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço que adquiriu, ou ainda que não seja vulnerável por possuir uma renda maior que a do fornecedor.

A doutrina distinguiu entre os diversos tipos de vulnerabilidade<sup>68</sup>, que vão desde a vulnerabilidade técnica até a vulnerabilidade política, com o intuito de justificar a presunção legal de que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo sendo a vulnerabilidade técnica e a jurídica as mais comuns.

A vulnerabilidade técnica se caracteriza quando o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço adquirido e se tornou regra no mercado de consumo<sup>69</sup>, pois quase todos os produtos ofertados no mercado possuem complexas especificações técnicas incompreensíveis para o consumidor comum.

---

67 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma Recursal. *RESP nº 1032876*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09. 02.2009.

68 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 117.

69 BENJAMIN, Antônio Herman, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p. 55.

Com efeito, o consumidor não é capaz de identificar, por exemplo, o porquê de sua televisão não funcionar e fica a mercê do fornecedor que detém todos os conhecimentos técnicos acerca do produto que vende, portanto o consumidor fica naturalmente em desvantagem em comparação ao fornecedor.

No mundo contemporâneo há uma especialização cada vez maior dos serviços, fato este que torna praticamente impossível o conhecimento pelo consumidor das características de qualquer bem ou serviço, tamanha a complexidade do mercado contemporâneo, sendo o comércio eletrônico uma das características da era digital.

A vulnerabilidade técnica se manifesta de inúmeras maneiras<sup>70</sup>, desde informações transmitidas de modo que o consumidor não entenda o que foi transmitido até a omissão de informação, caracterizada pela negligência do fornecedor em relação ao dever de informar que possui perante o consumidor.

Lorenzetti<sup>71</sup> ainda aponta as disparidades econômicas, de informação quanto ao objeto e tecnológicas como razões que justificam a proteção ao consumidor no comércio eletrônico, tema este relacionado com uma possível nova classificação da vulnerabilidade, qual seja, a vulnerabilidade eletrônica que será detalhadamente estudada na próxima seção.

A estipulação de cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão celebrados entre fornecedor e consumidor ilustram de maneira clara o déficit informacional que o consumidor possui nas relações de consumo, não havendo divergência de que neste caso o foro do domicílio do consumidor é competente em que pese estipulação contratual em contrário.

---

70 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 107.

71 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 362.

Em contrapartida, a vulnerabilidade jurídica decorre da dificuldade que o consumidor tem em defender seus direitos judicialmente, tendo em vista a posição privilegiada do fornecedor que geralmente possui maiores chances de se defender. Existe divergência na doutrina acerca da concepção desta vulnerabilidade consubstanciada nas posições de Cláudia Lima Marques e Paulo Valério Dal Pai Moraes.

De acordo com Claudia Marques<sup>72</sup>, a vulnerabilidade jurídica decorreria da falta de conhecimentos jurídicos que o consumidor possui. Assim, o consumidor além de possuir um déficit informacional, possuiria um déficit jurídico consubstanciado na impossibilidade de defender seus direitos plenamente devido à falta de conhecimentos técnicos para tanto.

Paulo Valério<sup>73</sup> considera que esta falta de conhecimentos jurídicos do consumidor na verdade configura déficit informacional e, portanto, vulnerabilidade técnica, pois carece ao conceito dado pela autora o elemento caracterizador que permita diferenciar os dois institutos.

A verdadeira característica da vulnerabilidade jurídica estaria então tanto na fase pré-processual, onde o consumidor, por exemplo, tenta resolver o problema junto ao gerente, quanto na fase processual propriamente dita, onde o consumidor deve se valer de medidas judiciais a fim de ver atendido seu direito.

Ocorre que por vezes o consumidor, litigante eventual, não sabe nem aonde se dirigir, que Tribunal procurar, ao passo que o fornecedor, por ser litigante habitual, possui

---

72 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 109.

73 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 119.



toda uma experiência com demandas judiciais que o colocam em posição de vantagem perante o consumidor.

Também concorre para a vulnerabilidade jurídica o fato de que devido aos danos sofridos pelo consumidor por vezes não serem de porte expressivo, as denominadas microlesões, o mesmo ficar inibido de se valer de uma ação, tendo em vista os custos e dor de cabeça que tal demanda ocasionaria, fato este que leva várias práticas abusivas praticadas no mercado ficarem impunes.

Vale ressaltar ainda que o valor gasto com o Judiciário pelo fornecedor é repassado para os outros consumidores, pois se o custo da responsabilidade objetiva é disseminado numa coletividade difusa, e este custo equivale à existência de um acidente de consumo (fator álea), o sistema de responsabilidade objetiva é um verdadeiro seguro social<sup>74</sup>.

Pode-se falar, ainda, da vulnerabilidade política <sup>75</sup> (legislativa), consubstanciada na carência de entidades capazes de conter o *lobby* realizado pelos fornecedores que geralmente são membros de associações e até Confederações, logo possuem maior organização na defesa de seus direitos.

A denominada vulnerabilidade biológica ou psicológica reside na idéia de que o consumidor está vulnerável a uma série de produtos ofertados no mercado, como é o caso do cigarro, que em longo prazo podem trazer danos irreversíveis à saúde do consumidor. Há ainda o agravante do vício que tais substâncias causam no usuário, que tem a sua vontade limitada.

---

74 BENJAMIN, Antônio Herman, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005, p. 40.

75 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 132.

Outra característica da vulnerabilidade psicológica<sup>76</sup> é a imensa quantidade de informações que são despejadas através dos sentidos do consumidor (olfato, visão e paladar, por exemplo) que o leva a muitas vezes consumir de forma artificial, sem que haja uma real necessidade de adquirir o bem ou serviço.

Vale lembrar que a utilização de mensagens subliminares, consubstanciadas na utilização de imagens a uma velocidade que o corpo capta apenas de maneira inconsciente configura prática abusiva, pois o consumidor pode ter sua vontade limitada pela imposição de publicidade, prática esta de fácil utilização no comércio eletrônico através de *pop-ups* (janelas que aparecem rapidamente em um *site*).

Por fim, Claudia Lima Marques<sup>77</sup> ainda cita a denominada vulnerabilidade eletrônica decorrente das características próprias que o comércio eletrônico possui. Contudo, deve-se analisar se a criação de um comércio eletrônico, com características e práticas comerciais próprias é suficiente para que se crie uma nova espécie de vulnerabilidade, ou se vulnerabilidade do consumidor no *e-commerce* é um mero reflexo da vulnerabilidade técnica, consubstanciada na falta de informação.

### 3.3 Vulnerabilidade eletrônica

A criação de órgãos de defesa com escopo de proteger o consumidor de práticas abusivas realizadas no comércio eletrônico, como a *Consumers International*<sup>78</sup>,

---

76 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 145.

77 LIMA MARQUES, Claudia. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.162.

78 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre. Síntese, 2004, p. 101.

responsável pela elaboração de *Guidelines* (diretrizes) da OECD<sup>79</sup> e a *Alliance for Global Business*, mecanismo coordenado por associações de comércio com vistas a prever soluções comerciais em matérias atinentes a comércio eletrônico (especializada nas matérias ética em *marketing* e publicidade em comércio eletrônico), atestam a importância desta nova forma de relação de consumo no cenário internacional.

A maior parte da doutrina trata a vulnerabilidade no comércio eletrônico como técnica<sup>80</sup>, pois o consumidor é leigo tendo um déficit informacional em relação ao fornecedor. Contudo, certas características do comércio eletrônico sugerem a possibilidade de existência de uma nova forma de vulnerabilidade qual seja a eletrônica.

Em primeiro lugar deve-se lembrar que o contrato possui um elemento<sup>81</sup> estrutural, consubstanciado na pluralidade de vontades que se fundem num consenso acerca do objeto contratado, característica esta mitigada no comércio eletrônico onde muitas vezes o consumidor adere a um contrato de forma unilateral em detrimento do princípio da autonomia da vontade.

Não obstante o elemento volitivo do contrato ser relativizado nas contratações virtuais, o próprio *e-commerce* se configura como característica nova, tendo em vista suas peculiaridades como desterritorialização dos contratos, despersonalização da relação jurídica e desmaterialização do meio de contratação.

Enquanto que tradicionalmente o contrato era realizado entre duas pessoas que se encontrassem no mesmo espaço físico, hoje a tendência é a da inexistência de fronteiras para celebração de um contrato. Assim, um brasileiro, pode, por exemplo, adquirir

---

79 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

80 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001, p. 115.

81 MATTE, Maurício. *Internet – Comércio eletrônico*. São Paulo. LTR. 2001, p. 53.

um bem no *site* do *Ebay* (norte-americano), cujo estoque se encontra na Europa, de maneira a existir vários ordenamentos interessados na relação.

Esta é a chamada desterritorialização do contrato<sup>82</sup>, que tem seus aspectos positivos, pois com o mundo globalizado é impossível se restringir o comércio a determinada região, e negativos, tendo em vista que em caso de conflito haverá uma demanda internacional, que certamente não será suportada pelo consumidor.

Outra característica marcante do comércio eletrônico é a despersonalização da relação jurídica<sup>83</sup>, transmutada no desaparecimento da estrutura clássica da relação de consumo que se dava entre fornecedor e consumidor. Agora há uma rede sem fim de sujeitos intervenientes (portal, *website*, *link*, *provider* dentre outros) entre os dois de maneira que o consumidor nunca sabe com quem contrata.

Até a linguagem torna-se um empecilho para o consumidor, pois em que pese sites como o *Amazon* realizarem comércio com a maioria dos países, o idioma do *site* está sempre em inglês, fato este que pode causar problema quanto a questões como forma de pagamento e envio de mercadorias.

É importante ressaltar que o CDC no seu art. 31 estabelece que a oferta de produtos ou serviços deve assegurar informações corretas e precisas e em língua portuguesa, logo o *site* deveria possuir no mínimo uma tradução para as línguas mais utilizadas no mundo, pois realiza comércio internacional, observação esta que infelizmente é ignorada pela maioria dos *sites* internacionais.

---

82 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 30.

83 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.53.

Vale frisar que o consumidor é mudo no comércio eletrônico, em razão da mitigação do princípio da autonomia da vontade, pois os contratos de adesão constituem a maior parte dos contratos realizados no meio virtual, logo ele tem simplesmente que aceitar o que está estipulado, de maneira que se proliferam as práticas abusivas como a eleição de foro conveniente para o fornecedor em caso de lide.

Não obstante o contrato eletrônico ser despersonalizado e desterritorializado - o que leva a uma verdadeira desumanização do contrato<sup>84</sup>, tendo em vista não existir mais o acordo entre as partes - ele é desmaterializado por não possuir um instrumento físico, é realizado através de linguagem eletrônica, qual seja o código binário. Assim, basta um clique do consumidor no seu computador e ele está conectado no mercado de consumo, sendo bombardeado por publicidade e multimídia que o vinculam com apenas um clique.

Há ainda outro fator que contribui para o surgimento da vulnerabilidade eletrônica, qual seja o infindável número de práticas abusivas que assolam o mercado virtual, mormente as práticas publicitárias já descritas nesta pesquisa, práticas estas que vão desde a utilização de *mettags* até o famoso *deeplinking*.

Contudo, estas não são as únicas formas de prática comercial abusiva que o consumidor enfrenta, pois este ainda está suscetível ao recebimento de *spam*<sup>85</sup>, que é o envio massificado de mensagens não autorizadas pelo consumidor, muito utilizado para a proliferação de vírus na *Internet*. Outras práticas como *framing*<sup>86</sup> (utilização abusiva de *links*)

---

84 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 276.

85 EREMBERG, Jean Jaques. *Publicidade na Internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2003, p.58.

86 MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.174.

e os *cookies* (registro de atividade do usuário na rede), também contribuem para aumento da vulnerabilidade do consumidor.

O que ocorre no comércio eletrônico é uma verdadeira hipertrofia da vulnerabilidade, pois o consumidor é naturalmente vulnerável em qualquer relação de consumo devido à disparidade entre os sujeitos que contratam (consumidor-fornecedor), sendo que no *e-commerce* esta vulnerabilidade é agravada pela utilização de novas práticas abusivas e o próprio mundo virtual que constitui um universo novo para todos os consumidores.

Outro fator que contribui para independência da vulnerabilidade eletrônica se encontra no aumento do risco do contrato, tendo em vista que um contrato de adesão é muito mais perigoso quando feito eletronicamente, pois enquanto que nos contratos celebrados fisicamente o consumidor tem a possibilidade de leitura do contrato (ele deve assinar o mesmo) no comércio eletrônico o denominado *click and wrap agreement*<sup>87</sup>, por vezes impede o consumidor de realizar uma leitura mais atenta, de tal sorte que com um clique ele passa para a fase seguinte do contrato, sem saber sequer o que está contratando.

Em suma, é possível afirmar que o surgimento do comércio eletrônico criou uma nova realidade e uma nova espécie de vulnerabilidade, qual seja a eletrônica, em razão das características próprias que permitem diferenciá-la das demais espécies de vulnerabilidade, como a vulnerabilidade técnica e a jurídica.

Assim, urge que medidas sejam tomadas, tais como a criação de órgãos especializados em matéria de comércio eletrônico, com vistas a fiscalizar as práticas abusivas que possam ocorrer, bem como a edição, pelo Poder Legislativo, de leis específicas acerca do

---

87 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 331.

*e-commerce*, afim de que se possa efetivamente proteger o consumidor, objetivo este que deve nortear toda a interpretação do CDC.

## CONCLUSÃO

O surgimento de uma nova espécie de comércio personificado pelo advento da *Internet* modificou drasticamente as relações de consumo, tendo em vista que até a clássica concepção da relação bilateral (consumidor-fornecedor) pode sofrer variação (como ocorre com a figura do anunciante).

Ademais a utilização de novas práticas comerciais, sobretudo as publicitárias, consubstanciadas no uso de indiscriminado de *metatags*, *affiliation*, *websponsoring* e *deeplinking*, por exemplo, contribuem para a necessidade de uma regulamentação da matéria que é tratada de maneira genérica no Código de Defesa do Consumidor.

Além das práticas comerciais acima delineadas, a própria natureza do contrato é modificada, pois a contratação usualmente é realizada a distância, entre ausentes, na desterritorialização causada pelo surgimento da globalização e integração das economias.

O contrato também perdeu sua forma física, se desmaterializou, criando severas dúvidas quanto à sua legitimidade, pois se o consumidor não lia as cláusulas do contrato que assinava quando este era físico, então no virtual, caracterizado pela aceitação mediante um clique, a aceitação é ainda mais passível de conter vícios, questão esta que vem sendo debatida freqüentemente nos Tribunais do país.



Logo, tendo em vista as particularidades do comércio eletrônico, embora parte da doutrina não se manifeste sobre o tema, é possível afirmar que foi criada uma nova espécie de vulnerabilidade, qual seja a eletrônica, a qual se adere a maior parte da população, tendo em vista as suas especificações técnicas.

A criação do *e-commerce* não se insere como um mero desdobramento da vulnerabilidade técnica, pois aqui não se trata apenas da questão da falta de informação que todos os consumidores virtuais possuem, mas um verdadeiro universo, um mundo virtual, repleto de peculiaridades que aumentam a vulnerabilidade do consumidor.

Assim, como o *e-commerce* tende a crescer, pois a globalização leva à integração de economias e, conseqüentemente, à integração do comércio, é possível que no futuro esta seja a espécie de vulnerabilidade mais estudada, tendo em vista os reflexos que traz para a vida do consumidor.

Caberá ao Poder Judiciário, quando as contratações virtuais se tornarem regra no mercado, preencher as lacunas existentes devido à falta de legislação específica, aplicando integralmente o CDC afim de que o consumidor, verdadeiro leigo digital, não arque com as armadilhas existentes na rede.

O problema passa então pela necessidade da criação de órgão especializado em comércio eletrônico, bem como a edição d leis pelo Poder Legislativo, afim de que se possa efetivamente proteger o consumidor no comércio virtual. Ademais, deve ser feita uma nova interpretação do próprio CDC, com vistas a abranger as novas faces do mercado de consumo.

Em suma, por tudo apresentado, se conclui que o advento da *Internet* e do comércio eletrônico criaram a denominada vulnerabilidade eletrônica, na medida em que esta detém características próprias, decorrentes da *web*-publicidade e das características do *e-commerce*, tais como a despersonalização e desterritorialização do contrato, que a diferenciam das outras espécies de vulnerabilidade e sinalizam para a necessidade de uma melhor regulamentação sobre o tema, tendo em vista o novo universo que as relações de consumo apresentam.

## REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy, *O CDC e o STJ*, Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/696>. Data de acesso: 4-09-2008.

BASSO, Maristella. *Comércio eletrônico: uma visão geral*. Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados. Porto Alegre. 2000.

BENJAMIN, António Herman, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005.

\_\_\_\_\_. Revista Direito do Consumidor, *O controle jurídico da publicidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.9.1994.

BENJAMIN, António Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo. RT, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 4657 de 04/09/42. *Lei de Introdução ao Código Civil*. DOU de 09/09/42.

BRASIL. LEI Nº 8.078, de 11/09/90. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12/09/90.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo. Atlas, 2007.

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo. Saraiva 2001.

CIMIERI, Felipe Veiga, *O provedor de acesso à internet e os principais dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis à sua atividade*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4258>. 3-09-2008.

ERENBERG, Jean Jaques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2003.

FERREIRA, Rita Peixoto. *Direito do consumidor e Internet*. São Paulo. Quater Latin. 2002.

GIBSON, William Ford. *Neuromancer*. São Paulo. Aleph, 1999.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre. Síntese, 2004.

KHOURI, Paulo R. Roque. *Direito do Consumidor: Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo, Atlas 2005.

LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: Teoria Geral da relação de consumo*. São Paulo. Quartier Latin, 2003.

\_\_\_\_\_. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo. Saraiva. 2003.

MARQUES, Claudia Lima, *Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATTE, Mauricio. *Internet - Comércio eletrônico*. São Paulo. LTR, 2001.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. CDC: *O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. 2. ed. Porto Alegre. Síntese, 2001.

NUNES, Luis Antonio Rizatto. *Comentários ao CDC*. São Paulo. Saraiva. 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

OIKAWA, Allyson Hautsch, *Considerações acerca da possibilidade de concorrência desleal nos links patrocinados em serviço de busca na Internet*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6412>, 04-09-2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PERIN JUNIOR, Ecio. *A Globalização e o Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro. Manole Ltda., 2003.

SCARTEZZINI, Paulo Jorge. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Internet: o direito na era virtual*. 2. ed. São Paulo. Forense, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo de. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2008.

ZANETTI, Robson. *A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual*. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/18785/1>. 10-02-2009.